



O papel do direito nas sociedades contemporâneas – uma proposta para conciliação entre direitos humanos e multiculturalismo

Autor: Paulo Mário Canabarro Trois Neto

Juiz Federal, Professor da Unioeste

publicado em 27.02.2015

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

Sumário: Introdução. 1 As funções sociológicas do direito e sua particular importância para a vida cultural. 2 Problemas de reconhecimento e a importância de uma resposta jurídica adequada. 3 Proposta de critério para a solução de questões relativas a conflitos multiculturais. Conclusão. Referências.

Introdução

De acordo com a doutrina de Axel Honeth, a dignidade humana somente pode ser assegurada mediante o atendimento a condições formais de interação que, em uma síntese apertada, dizem respeito a três diferentes modelos de reconhecimento intersubjetivo: o amor (reconhecimento do indivíduo como único), o direito (reconhecimento do indivíduo como igual) e a solidariedade (reconhecimento do indivíduo como diferente).(1)

A essas três formas de reconhecimento corresponderiam, em linhas gerais, três características básicas do ser humano. Cada pessoa é **única** porque é insubstituível para aqueles que são do seu círculo mais próximo. Cada pessoa é **igual** a todas as outras no sentido de que está ela dotada da mesma dignidade, compartilhada por todo o gênero humano, que fundamenta sua capacidade de titularizar e reclamar direitos. E cada pessoa é **diferente** das demais no sentido de ter um projeto de vida próprio, consoante seu ideal de vida boa.

Contudo, tais aspectos da personalidade podem ser objeto não apenas de validação interpessoal, mas também de condutas negativas por parte de outras pessoas. A forma mais básica de menosprezo é a privação da autonomia física ou psíquica, por meio de violência ou intimidação que destrói o reconhecimento primário de alguém (desrespeito à sua dimensão física e emocional, fundada na individualidade de cada pessoa). Outra forma de menosprezo é privar o indivíduo de direitos que são próprios de quem está dotado dos caracteres da imputabilidade e da racionalidade (desrespeito à sua dimensão jurídico-moral, fundada na igualdade entre as pessoas). Por fim, há o menosprezo que retira do indivíduo a autonomia ética de conduzir sua própria vida como bem lhe aprouver (desrespeito à sua dimensão ética, fundada na diferença entre as pessoas).(2) Na visão de Honeth, indivíduos e grupos sociais inserem-se na sociedade atual por meio de uma luta por reconhecimento intersubjetivo que nasce da experiência dessas três formas de menosprezo.(3)

O trinômio individualidade-igualdade-diferença constitui o eixo dos debates sobre as questões suscitadas pela propaganda tensão, objeto do presente estudo, entre multiculturalismo e direitos humanos. A atualidade do tema reside na paradoxal tendência do fenômeno da globalização de reavivar lutas por afirmação religiosa e cultural de grupos minoritários.(4)

Os problemas desafiados pelo fenômeno do multiculturalismo são de diferentes tipos, mas, apesar das especificidades de cada caso, não se pode abrir mão da tentativa de estabelecer pautas argumentativas dotadas de universalizabilidade. Quando se cuida de determinar o âmbito daquilo que se concebe como igual ou diferente, nada mais pernicioso que a utilização de soluções *ad hoc*, insuscetíveis de uma justificação racional intersubjetiva.

O desafio deste estudo, portanto, é identificar como o direito deve tratar as questões decorrentes do multiculturalismo. Para tanto, no primeiro capítulo, serão investigadas as funções sociológicas do direito, com ênfase na sua especial relevância no tema do multiculturalismo; no segundo capítulo, serão apresentados três diferentes problemas de reconhecimento intersubjetivo à espera de uma resposta jurídica adequada; por fim, no terceiro capítulo, será feita a defesa de uma concepção capaz de fornecer pautas argumentativas para solução das colisões entre direitos culturais e outros direitos humanos.

1 As funções sociológicas do direito e sua particular importância para a vida cultural

De acordo com a doutrina, as funções sociológicas do direito seriam a de realizar o controle social, por meio de técnicas intimidatórias, repressivas, ressocializadoras e promocionais;(5) a de resolver conflitos interindividuais, ou ao menos canalizá-los e dar-lhes tratamento adequado,(6) notadamente pela via da jurisdição, mas também cada vez mais por meio de vias alternativas; a de orientação de condutas,(7) por meio da qual o direito impõe aos indivíduos modelos de comportamento estabelecidos de forma genérica e abstrata;(8) a de distribuir bens e encargos, mediante estabelecimento de critérios de mérito ou demérito pelos quais se pode dar (ou reconhecer) “a cada um o que é seu”;(9) e a de legitimar o poder, mediante racionalização do seu exercício, de modo a contribuir para que ele seja aceito pela generalidade dos membros da sociedade.(10)

A par de todas essas funções do direito, convém destacar uma outra, enfatizada por Gregorio Robles, que faz a interconexão entre todas elas. Trata-se da função de delimitar os campos próprios dos diversos subsistemas sociais. Embora o direito seja, ele próprio, um subsistema dentro do sistema social, na verdade constitui um subsistema muito especial, pois é por meio dele que a sociedade pode se organizar institucionalmente.(11)

Gregorio Robles identifica a vida privada, a vida econômica e a vida política como os três subsistemas sociais que seriam diferenciados e, ao mesmo tempo, aproximados pelo direito. Ao subsistema da vida privada pertenceriam todos os aspectos da vida humana em que o indivíduo atua autonomamente, isto é, em que decide por si só, sem se submeter a nenhuma instância superior: eis a esfera da privacidade, da liberdade de pensamento e de tudo que não se introduz na economia ou na política (como, por exemplo, as relações de amizade). Ao subsistema econômico pertencem todas as ações do indivíduo e dos grupos sociais que intervêm nos processos de produção, distribuição e consumo de bens: eis a esfera do *homo oeconomicus*, cuja posição na cadeia produtiva pode determinar aspectos muito importantes da sua vida (tempo disponível, classe social, grau de acesso a bens de consumo, etc.). Ao subsistema político pertencem as ações do indivíduo como membro de parcela da soberania que fundamenta o exercício do poder: eis a esfera do cidadão, que, por meio do voto e da participação política, pode criar, juntamente com os demais cidadãos, deveres a si próprio.(12)

A vida privada conecta-se com o subsistema político por meio das liberdades públicas, como o direito à liberdade religiosa, que pressupõe a secularização do poder, impedindo a intromissão estatal em assuntos de fé. A conexão jurídica entre vida privada e economia, por sua vez, ocorre pelos direitos de liberdade de escolha e exercício profissional e pela regulação de aspectos decisivos da vida

econômica, como propriedade, contratos, relações trabalhistas, relações de consumo, etc. Por fim, é também pela forma jurídica que a economia penetra na política, por meio dos impostos, das obras públicas, do financiamento de projetos privados, etc. Em todos esses exemplos, o subsistema jurídico serve como canal de comunicação entre os demais subsistemas sociais.(13)

Os subsistemas sociais não se esgotam, porém, nos que foram até aqui mencionados. O próprio Gregorio Robles admite que a essa lista poderiam ser acrescentados o subsistema militar, o educativo e o religioso.(14) Este trabalho parte da necessidade de reconhecer, como subsistema delimitado pelo direito, também o **subsistema cultural**, capaz de abranger os aspectos educativos e religiosos. A vida cultural, sem dúvida, está relacionada com a vida privada (escolha de amigos que tenham origem ou identidade comum, uso de vestimentas típicas, etc.), a vida econômica (padrões de consumo conforme tradições, feriados religiosos, etc.) e a vida política (associações culturais, cultos em locais públicos, etc.), mas de modo algum pode ser inteiramente **absorvida** por algum desses subsistemas.

A necessidade de conceber a cultura como um subsistema dotado de relativa autonomia em relação aos demais vai reforçada, ainda, pelo papel central da diversidade cultural nos problemas das sociedades atuais. Há quem defenda, a propósito, que a prevenção da humilhação ou do menosprezo estaria tomando o lugar da eliminação das desigualdades econômicas no centro das preocupações do mundo contemporâneo. Nancy Fraser vai ao ponto de sustentar que estaria em curso uma “transição” da ideia de redistribuição à ideia de reconhecimento.(15) Embora haja nessa assertiva um certo exagero, já que não se trata da substituição gradativa de um objetivo por outro, mas da necessária **coexistência** de ambos, o desafio contemporâneo do multiculturalismo parece exigir um projeto normativo cada vez mais atento às lutas por reconhecimento, de modo que não se pode mais medir a justiça social **apenas** em função da maior ou menor igualdade da distribuição ou redistribuição de bens materiais.

2 Problemas de reconhecimento e a importância de uma resposta jurídica adequada

Quanto mais homogênea uma sociedade, isto é, quanto maior a uniformidade das aspirações éticas dos indivíduos que a compõem, tanto menor seria o problema do reconhecimento intersubjetivo. Contudo, uma tal homogeneidade – imaginável apenas em grupos sociais muito pequenos e fechados à interação com outros grupos – não pode ser pressuposta nas sociedades em que vivemos atualmente, marcadas pela pluralidade das concepções individuais e setoriais de vida boa.

Essa pluralidade não decorre apenas do fator demográfico e da crescente especialização daquilo que os sociólogos clássicos chamariam de “divisão do trabalho social”. A tendência à heterogeneidade vai reforçada também por fenômenos que surgiram ou se intensificaram mais recentemente, como: a) o avanço exponencial dos meios de comunicação, do que resulta o intercâmbio contínuo e onipresente de informações e experiências entre pessoas; b) o renovado fenômeno da imigração, que propicia a convivência direta, nem sempre harmônica, entre pessoas pertencentes a culturas muito diversas; c) a diversificação dos estilos de vida cuja adoção reafirma a identificação do indivíduo com seu respectivo grupo social.(16)

Nota-se, com efeito, a perda de importância do conceito marxiano de “luta de classes”, que tão bem descreveu a realidade do século XIX. Nas **sociedades de risco** da atualidade, “o conceito de classe é demasiadamente fraco e antiquado para dar conta da nova radicalidade e complexidade das desigualdades sociais”.(17) As sociedades da modernidade tardia são atravessadas por diferentes divisões e antagonismos sociais que produzem uma variedade de diferentes identidades ou posições de sujeito para os indivíduos.(18) De forma crescente, as paisagens políticas do mundo moderno são fraturadas por

identificações rivais e deslocantes advindas da erosão da “classe” como identidade-mestra e da emergência das novas identidades que estão à base dos movimentos sociais atuais, como o feminismo, as lutas por afirmação étnica, os nacionalismos e regionalismos, as campanhas ecológicas, etc.(19)

É nesse contexto que o menosprezo aos atributos humanos da igualdade e da diferença está à base de tensões sociais que demandam uma resposta jurídica adequada aos problemas de reconhecimento.

Selecionam-se, como pontos de referência para o enfrentamento da questão relativa à delimitação da vida cultural pelo direito, três casos que estão na ordem do dia. A escolha de exemplos de gravidade e origem tão discrepantes é proposital, justamente para permitir a reflexão sobre que critérios de solução dos problemas poderiam ser aceitos como pautas objetivas de decisão.

O primeiro exemplo diz respeito ao uso do *hijab* (véu islâmico) na Europa, que remete ao problema da interconexão entre os subsistemas sociais da política e da cultura. Sabe-se que a França proibiu o uso do véu em ambientes públicos, sob o argumento de liberar as mulheres muçulmanas da opressão paterna ou marital. Também a Espanha, embora não imponha uma proibição, permite que as escolas o façam sob a alegação de que o acessório não seria parte do “uniforme” exigido dos estudantes. Surge, assim, a questão sobre em que medida, e sob que fundamentos, o Estado pode interferir – ou permitir interferências privadas – na indumentária das pessoas por intermédio do direito.

O mesmo se pode dizer dos infanticídios(20) praticados em comunidades indígenas no interior do Brasil. Crianças são mortas por tribos pelas razões mais variadas: equilíbrio entre os sexos (ianomâmis); deficiência física (suruwahás); concepção mediante violência sexual (kaiabis); concepção mediante adultério (tapirapés); nascimento de gêmeos (kaiabis); miscigenação entre índios e não índios (ticunas), etc.(21) Cumpre questionar, então, como a preservação de hábitos culturais indígenas que tornam **particular** um determinado grupo social pode ser conectada à exigência **universal** de respeito à vida humana.

O terceiro exemplo diz respeito à prestação de provas por adventistas do sétimo dia. Para os fiéis de tal religião, a Bíblia proibiria a realização de qualquer trabalho físico ou intelectual nos sábados (ao menos enquanto o sol ainda não se pôs). Como no Brasil se costuma evitar realizar vestibulares e concursos públicos em dias úteis, o Judiciário tem sido a arena de frequentes discussões sobre se deveria ser reconhecido aos adventistas o direito de se submeter a exames em datas ou horários diferentes dos demais candidatos. A questão de fundo diz respeito a como conciliar **diferença** religiosa com **igualdade** de oportunidades.

Em todos esses casos, avulta a função do direito como delimitador do espaço de vivência cultural. O ordenamento jurídico protege, *prima facie*, tanto o direito de se vestir conforme códigos culturais e religiosos como o direito de não ser compelido a seguir tais códigos; tanto o direito de membros de comunidades indígenas de reafirmar suas tradições como o direito à vida dos integrantes das tribos; tanto o direito de prestar provas e concursos sem ser privado de suas convicções religiosas como o direito de prestar provas e concursos em igualdade de condições com outros candidatos. Cumpre, então, elucidar os critérios para a ponderação dessas colisões normativas.

3 Proposta de critério para a solução de questões relativas a conflitos multiculturais

Casos como os que foram introduzidos no capítulo anterior poderiam ser solucionados à base de dois enfoques. Embora ambos pressuponham ponderações, diferentes são as estruturas argumentativas pelas quais elas seriam realizadas. A questão básica reside em tratar os casos apenas como colisões de direitos individuais ou tratá-los como colisões em que tomariam parte também

direitos coletivos. A tese central deste trabalho é de que a análise dos problemas de reconhecimento intersubjetivo deve ser feita mediante ponderações dos direitos individuais colidentes, sem apelo a novas categorias de direitos humanos.

Os defensores da ideia de “direitos coletivos” supostamente dotados da mesma moralidade dos direitos humanos ora reconhecidos partem do suposto de que o processo usual de tomada de decisões em um Estado democrático (regra da maioria) não constituiria uma via adequada para atender aos reclamos do multiculturalismo. Parecem céticos, outrossim, com as possibilidades interpretativas dos catálogos familiares de direitos individuais assegurados pelas constituições nacionais e por tratados internacionais.(22)

Essas duas objeções, contudo, não autorizam a concepção de direitos culturais como direitos especiais titularizados por grupos minoritários. É certo que a regra da maioria não é suficiente para a asseguaração de aspectos culturalmente relevantes de certos grupos sociais, haja vista que muitos problemas de reconhecimento podem ser reconduzidos à falta de disposição de algumas majorias em colocar-se na perspectiva do “outro”. Contudo, essa constatação não torna inúteis os procedimentos democráticos, apenas exige a adoção de um conceito compreensivo de democracia que vá além da simples prevalência da vontade da maioria e que abranja, conseqüentemente, a instituição de mecanismos contramajoritários de proteção às minorias.

Problemas de reconhecimento devem ser enfrentados à luz de uma teoria dos direitos capaz de estabelecer as condições pelas quais eles podem ser intersubjetivamente justificados. Direitos humanos têm faces de Jano que se voltam simultaneamente para a moral e para o direito.(23) São universais tanto em sua **estrutura**, no sentido de que são direitos de todos contra todos, como em sua **validade**, no sentido de que são justificáveis moralmente perante todos que aceitam uma fundamentação racional.(24) Uma aplicação dos direitos humanos que faça jus ao multiculturalismo do mundo moderno implica a pretensão de um horizonte interpretativo comum que possa ser aceito sob um ponto de vista transcendente à própria cultura.(25)

Com isso se adentra na segunda objeção dos defensores dos “direitos coletivos”, a da insuficiência de uma concepção dos direitos humanos centrada na individualidade da pessoa humana. Que somente homens e mulheres, como indivíduos, possam ser titulares de direitos humanos(26) não significa olvidar a necessária dimensão comunitária das pessoas. O respeito à dignidade humana exige uma política de reconhecimento que preserve a integridade do indivíduo inclusive nos contextos vitais que conformam sua identidade, já que a individualização somente é possível por meio da coletivização em sociedade.(27)

A defesa apressada da ideia de que haveria uma “tensão” entre relativismo cultural e universalidade dos direitos humanos tem prejudicado muito a racionalidade dos debates acadêmicos sobre o multiculturalismo. Trata-se de uma falsa dicotomia, pois universalidade e relativismo são conceitos que se referem a aspectos diversos da problemática dos direitos humanos.

O relativismo cultural insere-se no próprio âmago da pesquisa antropológica. A tarefa de compreender uma determinada realidade cultural exige do sujeito cognoscente um esforço de suspender, tanto quanto possível, os condicionamentos de sua própria cultura e os juízos de valor dela decorrentes.(28) Uma atitude etnocêntrica, isto é, impregnada de valores e crenças típicas do próprio meio cultural do observador,(29) faria desmoronar o caráter científico da antropologia. É importante não confundir, todavia, as condições de inteligibilidade de culturas diversas com uma renúncia a qualquer critério de juridicidade ou moralidade de certas práticas culturais. O relativismo cultural, bem compreendido, não atenta contra a pretensão de universalidade dos direitos humanos, senão que integra uma condição essencial para a correta

aplicação de tais direitos em uma determinada realidade cultural.

Direitos à expressão cultural coexistem com outros direitos igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico, com os quais podem entrar em rota de colisão. Os critérios para equacionamento de tais colisões são eminentemente **jurídicos**: não podem ser **éticos**, pois isso implicaria uma escolha apriorística de uma determinada concepção de vida boa; mas devem estar abertos à **moral**, aqui entendida como a aptidão para fundamentar uma regra de decisão aceitável por todos aqueles que analisassem o problema de modo racional e imparcial. Com diz Habermas, “o direito à igualdade de respeito que cada um pode reivindicar também nos contextos vitais formadores da própria identidade nada tem a ver com a suposta excelência de sua cultura de origem”.(30)

As lutas por reconhecimento que perpassam os reclamos pela liberação do uso do véu islâmico na Europa e pela realização de provas em datas diversas do sábado para os adventistas no Brasil não precisam ser reconhecidas sob a forma de “direitos especiais” de grupos religiosos minoritários. Trata-se do **mesmo direito** de conduzir a própria vida conforme seus hábitos culturais de vestimenta e suas convicções religiosas que as majorias já usufruem.

Quanto ao uso do *hijab*, a questão não é se as muçulmanas deveriam ter um “direito especial” a cobrir os cabelos, mas se elas não deveriam ter o mesmo direito das católicas ou judias de usar um símbolo de sua cultura/religião, tal como um crucifixo ou uma estrela de Davi. Nisso reside a universalidade do direito humano à manifestação cultural e religiosa. O relativismo ingressa no discurso jurídico não como uma nota característica **do** direito, mas como algo que integra a base cultural sobre a qual o direito deve ser aplicado.

A justificativa oficial do governo francês de que a proibição protegeria a mulher muçulmana da tirania paterna ou marital não parece se sustentar à luz de uma análise sociológica. Vários são os motivos pelos quais uma mulher possa querer usar o véu, independentemente de pressão familiar: a própria fé religiosa, a vontade de respeitar a tradição e, em um contexto cultural em que os cabelos são considerados a parte mais sensual do corpo feminino (tal como ocorre no Oriente Médio), também e principalmente o **recato**, isto é, a intenção de não parecer provocante em público. Que todas as pessoas devam ter o direito de vestir-se de forma recatada, se assim o quiserem, diz respeito ao traço da universalidade do direito humano que vem sendo violado na França. Já a necessidade de constatar os modos específicos de considerar tal direito assegurado ou violado em certa realidade cultural, por sua vez, diz respeito ao relativismo metodológico que deve integrar a análise sociológica capaz de permitir a correta aplicação dos direitos humanos.

O mesmo critério serve para enfrentar o problema da realização de provas aos sábados por adventistas. O direito à liberdade religiosa exige *prima facie* a remoção de obstáculos ou desvantagens a quem queira conduzir sua própria vida de acordo com dogmas de uma religião. Não se trata de perguntar por que se deveria “excepcionar” um dever imposto pelo edital do certame a um candidato, pelo fato de este ser “diferente” dos outros (no sentido de que **integra uma certa minoria religiosa**), mas de perquirir que razões existiriam para que um candidato “igual” aos outros (no sentido de que **exerce uma postura religiosa**, como católicos, protestantes, ateus...) tivesse que arcar com uma desvantagem por praticar sua religião.

Para boa parte da sociedade brasileira, pode ser difícil imaginar o prejuízo a um adventista, seja porque não se tem notícia da marcação de concursos para o domingo de Páscoa ou para a véspera de Natal, por exemplo, seja pela tendência geral daqueles que estão à frente de governos, empresas e entidades da sociedade civil em evitar a prática de atos que possam atingir uma questão sensível das religiões cristãs predominantes no Brasil. Mas não se pode impor uma certa visão cultural, ainda que majoritária, como pauta para apreciar pleitos

de quem participa de outra visão cultural. O relativismo ganha sentido, novamente, na apreciação do contexto em que os pleitos se inserem.

É verdade que garantir o exercício das convicções religiosas dos adventistas não deve trazer vantagens injustificadas aos que professam tal fé. Se os concursos existem para conceder igualdade de oportunidades e selecionar os melhores, então se deveria evitar que os adventistas fizessem, em um outro dia, uma prova de cujo conteúdo eles já poderiam ter se informado, ou mesmo uma prova diferente da dos demais candidatos. A solução correta parece ser manter a obrigatoriedade de os concorrentes chegarem ao local da prova no mesmo horário, facultando-se que o seu começo seja postergado até o pôr-do-sol (de acordo com a fé adventista, no cair da noite já não haveria mais vedação religiosa ao trabalho). Nesse caso, aos adventistas seria imposta a exigência de esperar mais tempo para realização da prova, e haveria um ligeiro incremento de custos à organização do certame (necessidade de manter fiscais no prédio por mais tempo, gastos adicionais com iluminação, etc.). Esses diminutos prejuízos, contudo, são plenamente justificáveis à luz da busca pela consecução de uma **eficácia ótima** entre todos os direitos sob ponderação.

O exame de tais casos prova que a criação da categoria dos “direitos especiais” é desnecessária, porque, como já dito, a consideração dos aspectos culturais como inerentes ao livre desenvolvimento da personalidade humana é capaz de fundamentar as pretensões de preservação de certas formas de vida, sem o recurso a novas fórmulas. A tese deste estudo é, porém, mais forte. Ela sustenta a asserção de que a introdução de tais “direitos especiais” seria não apenas prescindível, mas também **perigosa** para a efetivação dos direitos humanos, esta já sujeita a tantos percalços políticos e institucionais.

Os exemplos de infanticídio em tribos indígenas brasileiras ajudam a ilustrar esse segundo aspecto. A questão jurídica a ser resolvida apresenta-se sob a forma de uma colisão entre o direito individual da criança à vida e o direito individual de todos os membros da tribo à manifestação cultural e à preservação de suas tradições. É fácil reconhecer, nesse caso, a primazia do **justo** (preservação da vida da criança) sobre uma determinada concepção do **bom** (preservação de um traço cultural que integra a vida cultural dos membros da tribo): apenas a primeira pretensão poderia ser justificável perante um “auditório universal”, isto é, não restrito ao “auditório particular” formado pelos integrantes da própria tribo.

Se concebêssemos, todavia, que, além dos direitos individuais em jogo, também deveriam ser considerados “direitos especiais” titularizados pela comunidade indígena, aos quais se atribuiria **aprioristicamente** a mesma moralidade própria dos direitos humanos individuais, a ponderação possivelmente haveria de ser realizada sob outras bases. Uma bem-intencionada “inclusão” de direitos coletivos aos catálogos de direitos humanos, retirando o indivíduo da sua posição privilegiada no sistema de direitos, poderia inadvertidamente abrir frestas para a instrumentalização da pessoa humana.

Deveras, direitos individuais fundamentam deveres para outras pessoas apenas **indiretamente**, de modo a possibilitar a coexistência das liberdades. Como não existem culturas estáticas, um dissenso produzido no seio da tribo sobre a introdução de uma exceção à prática do infanticídio estaria no âmbito de exercício do direito *prima facie* à manifestação cultural. A mãe que deseja salvar o segundo gêmeo, por exemplo, poderia abandonar a tribo ou questionar a manutenção da tradição na comunidade, e o mesmo se poderia dizer do “verdugo” possivelmente encarregado de sacrificar a criança. Direitos coletivos, de seu turno, fundamentam **diretamente** deveres individuais, não apenas para quem não pertence ao grupo, mas também – e aqui reside o perigo – para seus próprios membros. O **direito** de cada integrante da tribo a preservar a cultura em que está inserido poderia se transmutar em um **dever** de preservação de tal cultura, imposto pela comunidade, ora titular desse novo “direito especial”. Ainda que se tratasse de um dever *prima facie*, suscetível de ponderação, a adoção

desse novo enfoque poderia afetar a estrutura do discurso ponderativo, por meio da supressão da liberdade e da dignidade da pessoa humana como eixo central das cargas de argumentação.

A defesa de formas de vida e tradições geradoras de identidade deve servir, em última instância, à defesa de seus **membros**, não podendo ser invocada para reprimir qualquer brecha à autotransformação cultural.(31) Como ensina Habermas, um argumento semelhante ao da “conservação das espécies”, próprio da ecologia, não poderia ser transportado ao debate do multiculturalismo.(32) A tarefa do direito de possibilitar a reprodução de universos vitais não pode ser confundida com uma garantia de imutabilidade cultural que, ao fim e ao cabo, privaria os próprios integrantes do respectivo grupo da “liberdade de dizer sim ou não”.(33)

Conclusão

As sociedades atuais são marcadas pela pluralidade cultural e, consequentemente, pela existência de distintos ideais de vida boa. Essa crescente heterogeneidade social tem agravado problemas de reconhecimento intersubjetivo, o que parece trazer dificuldades adicionais à função sociológica do direito de promover a interconexão ótima dos diversos subsistemas sociais.

Não é necessário nem oportuno, para dar uma resposta adequada às lutas por reconhecimento, renunciar à centralidade do indivíduo nos catálogos de direitos humanos. A mútua complementaridade funcional entre os conceitos de universalidade dos direitos humanos e de relativismo cultural é a chave para a proteção efetiva de direitos culturais de integrantes de grupos minoritários.

Uma teoria dos direitos humanos, corretamente entendida, deve conciliar o caráter igualitário do direito com as condições concretas em que este deve ser aplicado. A ordem jurídica deve ser eticamente neutra, no sentido de não predeterminar uma concepção particular do “bom”; ao mesmo tempo, porém, não pode fechar os olhos para as diferenças culturais, isto é, deve reconhecer que estas compõem um importante aspecto do livre desenvolvimento da personalidade individual.

Referências

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ARAÚJO, Gisele Silva. Função social do Direito. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr Lombardo (org.). **Curso de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ARNAUD, André-Jean; FARÍÑAS DULCE, María José. **Sistemas jurídicos**: elementos para un análisis sociológico. Madrid: Universidad Carlos III/Boletín Oficial del Estado, 2006.

ATINI – VOZ PELA VIDA. **Direitos humanos, relativismo cultural e infanticídio à luz da antropologia**. Disponível em: <<http://vozpela vida-quemsumos.blogspot.com>>. Acesso em: 29 nov. 2011.

BUENO, Arthur. Diálogo com Ulrich Beck. In: BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2010.

FORST, Rainer. **Contextos da justiça**. São Paulo: Boitempo, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo:

Loyola, 2002.

_____. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, J. C.; MOREIRA, L. (org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

HONNETH, Axel. **Reconocimiento y menosprecio**: sobre la fundamentación normativa de una teoría social. Madrid: Safekat, 2009.

PALMA, Jorge Luiz Pennafort. Antropologia. In: SILVEIRA, R. A. T.; GHIRALDELLI JR., P. (org.). **Humanidades**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

REHBINDER, Manfred. **Sociología del derecho**. Madrid: Pirámide, 1981.

ROBLES, Gregorio. **Sociología del derecho**. Madrid: Civitas, 1997.

SALVADORI, Mateus; HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. **Conjectura**, Caxias do Sul, v. 16, n. 1, jan./abr. 2011.

TORBISCO CASALS, Neus. **La interculturalidad posible**: el reconocimiento de derechos colectivos. Trabalho apresentado no Seminário en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA), Iquique/Chile, jun. 2001. Versão escrita disponibilizada pelo autor.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002. (Pensamento Criminológico, v. 7).

Notas

1. HONETH, 2009, p. 30.

2. Além das três formas de reconhecimento propostas por Honeth, Rainer Forst (2010, p. 329) sugere uma quarta, a do reconhecimento como pessoa moral. Considerando a necessária abertura do direito para a moral, essa nova categoria pode ser dispensada se se entender a segunda forma de reconhecimento como uma dimensão jurídico-moral, e não meramente jurídica. Por essa razão, o presente estudo modifica, parcialmente, a nomenclatura e a abrangência dos conceitos defendidos por Honeth (2009, p. 23-34).

3. Apud SALVADORI, 2011, p. 189 e 191.

4. “[A globalização] tem um efeito pluralizante sobre as identidades, produzindo uma variedade de possibilidades e novas posições de identificação, e tornando as identidades mais posicionais, mais políticas, mais plurais e diversas; menos fixas, unificadas ou trans-históricas” (HALL, 2004, p. 87).

5. Alguns autores caem no maniqueísmo de identificar a técnica repressiva com o Estado Liberal, atribuindo a ela uma conotação pejorativa, e a técnica promocional, por sua vez, com o Estado Social, reservando a esta a condição de tábua de salvação para a justiça social (ver, por todos: ARAÚJO, 2011). Todas essas técnicas podem e devem conviver para a proteção efetiva dos direitos. A defesa do caráter de fragmentariedade e de subsidiariedade das técnicas repressivas não pode ser confundida com **alternatividade**. Também deve ser ressaltado que, embora parte da doutrina conceba tais técnicas como funções autônomas, na verdade elas são apenas **instrumentos** para a realização do

controle social (FARIÑAS e outro, p. 143).

6. Sob uma perspectiva funcionalista ou objetivista, que concebe o conflito como uma patologia do meio social, fala-se em resolução de conflitos; sob uma perspectiva subjetivista, que concebe o conflito como algo que sempre está presente na sociedade, prefere-se falar em tratamento ou canalização de conflitos (FARIÑAS e outro, 2006, p. 138).

7. Essa função também é chamada de planificação social (ROBLES, 1997, p. 173) ou configuração das condições de vida (REHBINDER, 1981, p. 101-72).

8. FARIÑAS e outro, 2006, p. 141.

9. Na sociedade atual, após a falência do chamado socialismo real, o principal mecanismo de distribuição de bens e encargos é o mercado. Isso, contudo, não significa que o Estado deixe de intervir no tráfico mercantil, em graus muito variados, instituindo mecanismos jurídicos de redistribuição. Ver, por todos: ROBLES, 1997, p. 171-2.

10. ROBLES, 1997, p. 176.

11. 1997, p. 153 e 156.

12. ROBLES, 1997, p. 154-5.

13. 1997, p. 154-6.

14. 1997, p. 158.

15. Apud HONETH, 2009, p. 10.

16. Em sentido semelhante: YOUNG, 2002, p. 34; TORBISCO, 2001, p. 282.

17. BECK, 2010, p. 365-6.

18. HALL, 2004, p. 17.

19. MERCER, K. Welcome to the jungle. In: RUTHERFORD, J. (org.). **Identity**. Londres: Lawrence and Wishart, 1990. Apud HALL, 2004, p. 20-1.

20. A expressão "infanticídio" é usada aqui no sentido comum de homicídio de recém-nascido, e não no sentido mais estrito utilizado no Código Penal brasileiro (art. 123), que exige a "influência do estado puerperal".

21. Exemplos atribuídos a Ana Keila Pinezi. Apud ATINI – Voz pela Vida (2011).

22. Embora a argumentação se situe no campo da moral, isso não retira sua importância para a teoria do direito. Dado o caráter preferencial dos direitos humanos (ALEXY, 2007, p. 47-8), sustentar que alguém tem um direito moral opera como razão de suma relevância para defender a necessidade de seu reconhecimento e de sua proteção mediante a criação de novas normas jurídicas (TORBISCO, 2001, p. 279).

23. HABERMAS, 2003, p. 72.

24. ALEXY, 2007, p. 47.

25. HABERMAS, 2003, p. 75.

26. ALEXY, 2007, p. 45. Os bens fundamentais, mesmo os que dizem respeito aos chamados direitos sociais, sejam distribuídos individualmente (salário, tempo livre, etc.), sejam utilizados individualmente (transporte, assistência à saúde, educação, etc.). Ver, a propósito: HABERMAS, 2002, p. 231.

27. HABERMAS, 2002, p. 235.

28. PALMA, 2009, p. 58.

29. PALMA, 2009, p. 56.

30. 2002, p. 250.

31. HABERMAS, 2002, p. 250-1.

32. 2002, p. 250.

33. HABERMAS, 2002, p. 250.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

NETO, Paulo Mário Canabarro Trois. O papel do direito nas sociedades contemporâneas – uma proposta para conciliação entre direitos humanos e multiculturalismo. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 64, fev. 2015. Disponível em:
< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/PauloMario_Neto.html>
Acesso em: 03 mar. 2015.

REVISTA DE DOUTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS